

DO INDEFERIMENTO PARCIAL DA PETIÇÃO INICIAL. NATUREZA JURÍDICA DA DECISÃO E RECURSO CABÍVEL

Paulo Henrique Silva Godoy

Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito de Bauru - ITE,

Mestrando em Direito Processual Civil, Procurador do Estado de São Paulo

Caio Augusto Silva dos Santos

Advogado em Bauru, Membro da diretoria do IBDFAM - Bauru, Advogado orientador de prática forense no Núcleo de Assistência Jurídica da Faculdade de Direito de Bauru - ITE

1. INTRODUÇÃO

Problema interessante que surge ao intérprete no exercício da sua atividade é a melhor adequação da lei às situações concretas que dia após dia lhe são submetidas, uma vez que, embora o Direito não seja estático, comportando, assim, alterações com o passar dos anos, decorrentes da própria evolução social, a verdade é que as leis o são enquanto outras não lhes substituam, pormenor esse que exige da doutrina e da jurisprudência uma atuação exemplar e evolutiva na interpretação da legislação, na condição de fontes primárias que são, onde o legislador se abebera para a elaboração de normas mais adequadas aos anseios da sociedade.

É sob esse prisma que se desenvolve o presente trabalho, ou seja, no intuito de contribuir, despretensiosamente, para a discussão envolta ao derredor da natureza jurídica da decisão que indefere parcialmente a petição inicial, bem como sobre qual o recurso cabível contra tal pronunciamento judicial, de modo que se pos-

sa chamar um pouco mais a atenção dos profissionais do Direito para tão importante tema, que se avoluma na medida em que uma única petição inicial pode abranger várias ações em razão da possibilidade de cumulação de ações num mesmo processo (=procedimento), seja no aspecto objetivo ou subjetivo.

Nesse diapasão, para o alcançamento do mister acima mencionado, inicialmente passar-se-á por considerações atinentes à importância e à finalidade da petição inicial, para depois, percorrendo-se acerca da possibilidade do seu indeferimento, da respectiva extensão que esse ato judicial pode vir a assumir, da natureza jurídica da decisão daí resultante e da incidência ou não do "princípio da fungibilidade recursal", concluir-se a respeito de qual o caminho mais adequado a ser seguido pelo Estado-juiz enquanto ainda não aperfeiçoado o sistema, sem prejuízo da formulação de uma opinião sobre qual seria a alteração legislativa que viria a melhorar a sistemática hoje vigente.

2. DA IMPORTÂNCIA E FINALIDADE DA PETIÇÃO INICIAL

Com olhos na regra estatuída no artigo 2º do CPC, retratadora do denominado princípio da inércia¹, segundo o qual, de regra, é vedada ao juiz a iniciativa do processo, posto que a tomada de tal diligência no comum das vezes compete ao interessado nos moldes da legislação em vigor, temos que, na seara do Direito Processual Civil, realmente a petição inicial é o principal e mais importante instrumento colocado à disposição dos jurisdicionados para a postulação de direitos, sendo certo, ainda, que, salvo os pormenores das questões classificadas como de ordem pública, serve ela de parâmetro objetivo e intransponível ao magistrado para a solução do litígio submetido à apreciação do Poder Judiciário, que não está autorizado a sobrepor os limites da postulação, e tampouco deles se distanciar, sendo permitido apenas o não-acolhimento da pretensão deduzida em juízo, tudo em conformidade com os mandamentos legais insertos nos artigos 128, 262 e 460, todos do vigente Código de Processo Civil.

Daí porque, nas palavras de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery diz-se que

"a petição inicial é a peça inaugural do processo, pela qual o autor provoca a atividade jurisdicional, que é inerte (CPC, arts. 2º e 262). É a peça processual mais importante pelo autor, porque é nela que se fixam os limites da lide (CPC 128 e 460), devendo o autor deduzir toda a pretensão, sob pena de preclusão consumativa,

¹Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, 3ª edição revista e ampliada, 1997, Editora Revista dos Tribunais, p. 247. No mesmo sentido é a advertência de Calmon de Passos, face o princípio dispositivo, que "cumpre ao interessado exercer o seu direito público subjetivo de ação". (Cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 212-213).

isto é, de só poder fazer outro pedido por ação distinta. É um silogismo que contém premissa maior, premissa menor e a conclusão."²

Segue daí, que "o veículo de manifestação formal da demanda é a petição inicial, que revela ao juiz a lide e contém o pedido da providência jurisdicional, frente ao réu, que o autor julga necessária para compor o litígio. Duas manifestações, portanto, o autor faz na petição inicial: a) a demanda³ da tutela jurisdicional do Estado, que causará a instauração do processo, com a convocação do réu; e, b) o pedido de uma providência contra o réu, que será objeto do julgamento final da sentença de mérito"⁴

Nesse passo, temos que "o conceito mais abrangente de petição inicial pode ser formulado como o ato processual escrito, pelo qual se exerce o direito de ação, dando início à atividade jurisdicional. É a petição inicial o ato inicial do processo e, embora a relação jurídica processual só se complete com a citação válida, a distribuição da petição inicial vincula autor/juiz em uma relação linear, mas que já produz alguns efeitos, como o de interromper precariamente a prescrição (art. 219, § 1º)."⁵

Em prosseguimento, observa-se que "a petição inicial é ato tipicamente dispositivo, de iniciativa unicamente da parte ou do interessado. Assim, poder-se-ia crer que, atendendo ao princípio dispositivo, a petição inicial se encontrasse liberta de qualquer elemento delimitador de sua forma. Não é assim. Inobstante o art. 262 determinar a iniciativa da parte para dar início ao processo, disso não resulta possa a parte dispor da petição inicial. O Código exige requisitos, e eles são tidos como essenciais, expressamente enumerados no artigo 282, no sentido de impor ao postulante trazer ao conhecimento do juiz todos os elementos necessários para a perfeita delimitação daquilo que irá julgar. Outra não é a razão de ser de tais requisitos: traçar os exatos parâmetros do julgamento."⁶

E assim o é, tendo em vista que se faz imperativo possibilitar ao juiz o julgamento adequado da causa posta *sub judice*, de molde a que não ocorra infringência às regras positivadas nos artigos 128 e 460 da lei de ritos. Isso porque, uma vez delimitado corretamente na petição inicial os denominados elementos da ação⁷ - partes, causa de pedir e pedido (objeto) -, está se sinalizando ao juízo por onde o

²Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, *idem*, p. 566.

³*Demanda*, como ensina Barbosa Moreira: "ato pelo qual alguém pede ao Estado a prestação jurisdicional" (cf. *O novo processo civil brasileiro*, p. 9)

⁴Humberto Theodoro Júnior, *Curso de Direito Processual Civil, Volume I. Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*, 4ª edição, 1988, Forense, p. 379-380.

⁵Luiz Rodrigues Wambier (coordenação), Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini, *Curso Avançado de Processo Civil, Vol. I, Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*, 2ª edição. Editora Revista dos Tribunais, página 291.

⁶Luiz Rodrigues Wambier (coordenação), Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini, *idem*, p. 291.

⁷Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, 3ª edição revista e ampliada. 1997, Editora Revista dos Tribunais, página 566.

processo tramitará, o norte a ser efetivamente seguido até o final encerramento do litígio, bem como quais serão os reais interessados no desfecho da querela, e que, portanto, se vincularão à decisão a que chegar o Poder Judiciário.

Desse modo, "a petição inicial, independentemente da espécie de providência jurisdicional que se pleiteie, não se dissocia de sua finalidade, que é a de representar o meio de exercício do direito de ação"⁸, razão pela qual o exercício desse direito há de vir acompanhado dos requisitos que o legislador infraconstitucional entendeu ser indispensáveis à perfeita prestação da tutela jurisdicional por parte daquele que chamou para si o monopólio da justiça, isto é, o Estado, que através dos componentes integrantes do Poder Judiciário vale-se da petição inicial para imiscuir-se nas relações havidas entre as partes nos estreitos limites da postulação.

Desta feita, exsurge com linear clareza a conclusão de que a petição inicial é o ponto fulcral do regular desenvolvimento do processo, uma vez que é através dela que serão delineados os contornos do litígio a ser desenvolvido perante o Poder Judiciário, servindo a mesma de matriz a tudo aquilo que será discutido no decorrer do processamento da contenda, como também de supedâneo à decisão a ser proferida pelo juiz atuante no feito.

Conclui-se, conseqüentemente, que a petição inicial trata-se de um embrião, e que, portanto, desde a fase embrionária deve revestir-se de todos os requisitos e cuidados necessários ao nascedouro de um processo sem falhas, de modo que não implique o seu bloqueamento prematuro, devendo, por isso mesmo, a parte postulante descrever com rigor de coerência e clareza a sua pretensão, de molde a que se possa aquilatar com exatidão o objetivo perseguido através da demanda, possibilitando, assim, ao Estado a correta aplicação da justiça ao caso concreto.

Por derradeiro, esclareça-se que o fim pretendido pela petição inicial é o acolhimento de uma pretensão que a parte postulante quer ver reconhecida pelo Estado-juiz, razão pela qual a narração nela inserida deve ser inteligível e possuir total concatenação lógica, posto que de modo contrário impossível seria conhecer-se e dar acolhida a algo que nem sequer é possível saber-se o que é, e tampouco o que realmente se pretende.

Embora nem sempre assim se possa afirmar, mas a verdade é que, através da postulação correta, ou seja, da precisa confecção da petição inicial, no comum das vezes, estar-se-á dando azo a uma acertada decisão judicial.

3. DOS REQUISITOS ESSENCIAIS DA PETIÇÃO INICIAL

São os artigos 282 e 283 do CPC que definem os caracteres que deve conter a petição inicial, de modo que, havendo previsão legal para o preenchimento de de-

⁸Luiz Rodrigues Wambier (coordenação), Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini, *Curso Avançado de Processo Civil, Vol. 1, Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*, 2ª edição. Editora Revista dos Tribunais, página 291.

terminados requisitos, a parte postulante deve fazer com que a petição inicial que retratará seu pleito junto ao Poder Judiciário preencha todas as exigências feitas pelo legislador ordinário.

Quanto ao primeiro dos artigos citados, de início cabe ressaltar que já em seu primeiro inciso evidencia-se regra que possui total coerência com o sistema de competência processual vigente em nosso país, posto que, sem margens a quaisquer dúvidas, faz-se imperativo a indicação do órgão jurisdicional que em princípio deverá analisar a petição inicial. É que, fazendo-se o Estado se representar por inúmeros órgãos jurisdicionais, para reclamar junto a ele a prestação da tutela que se pretende alcançar, a parte interessada deve indicar na petição inicial o destinatário da reclamação (= postulação), entendendo-se aí o responsável para ditar o "direito" perseguido no caso concreto.

De sua vez, passando-se às exigências do inciso II do artigo 282 do Código de Processo Civil, percebe-se, para logo, a preocupação do legislador em exigir do postulante a pormenorização dos dados destinados à perfeita identificação daqueles que litigarão junto ao Poder Judiciário, e que, inclusive, se vincularão à decisão a que este último chegar. E, malgrado nem sempre seja possível o atendimento "literal" dessas exigências - como se observa no comum das vezes nos casos de algumas demandas possessórias -, inegável é que tais exigências servem ao asseguramento tanto da observância dos hercúleos princípios da ampla defesa e do contraditório quanto da precisa prestação da justiça ao caso concreto.

Já, os incisos III e IV desse mesmo artigo, bem nos retratam as questões envolvidas ao redor dos próprios limites da contenda, na medida em que exigem que na petição inicial descrevam-se os fatos e os fundamentos jurídicos do pedido, bem como o pedido com as suas respectivas especificações. Pelos primeiros, há de se entender os motivos da postulação e pelos segundos o que compõe propriamente a postulação, valendo citar que enquanto estes dizem respeito à expressão "o que se pede" aqueles outros restringem-se ao "por que se pede".

O inciso V seguinte, refere-se à necessidade de indicar-se na petição inicial o valor da causa, que segundo a dicção do artigo 258 do CPC deve ter todo e qualquer processo, cuja fixação, aliás, será feita em harmonia com as regras estabelecidas nos artigos 259 e 260 do mesmo diploma legal, isso quando o pleito estiver a elas relacionadas, ou em conformidade com os comandos normativos oriundos da legislação especial, como é o caso, *ad exemplum*, do inciso III do artigo 58 da Lei 8.245/91.⁹

Por fim, deparamo-nos com os incisos VI e VII do dispositivo legal em estudo, que retratam, respectivamente, a necessidade de já na petição inicial o autor indicar

⁹Tal exigência, condiz, primeiramente, com o atrelamento do valor da causa ao rito que deverá ser adotado para o prosseguimento da contenda (sumário ou ordinário), e mesmo, por assim dizer, com a possibilidade de escolha por onde se processará a ação (Justiça Comum ou Juizados Especiais), não se olvidando, também, de que o valor da causa possui liame direto com a fixação da "taxa judiciária" em alguns Estados da Federação, como é o caso do Estado de São Paulo.

as provas que servirão à demonstração da veracidade dos fatos alegados e o expresse requerimento da citação do réu. A exigência do inciso VI possui extrema ligação com o próprio rito a ser adotado para a tramitação do processo (= procedimento), vez que de acordo com ele é que será determinado o modo com que se fará o requerimento de provas. Se o rito é o sumário, as provas devem vir especificadas de modo pormenorizado na petição inicial¹⁰. Se o procedimento seguir pelo rito ordinário, as provas podem ser requeridas apenas genericamente, já que elas poderão ser especificadas até o momento da realização da audiência a que alude o artigo 331 do CPC, sendo possível fazer a indicação das testemunhas do modo como disciplinado no artigo 407 do mesmo *códex*¹¹.

De outro vértice, transportando-nos à exigência do inciso VII do artigo sob comentário, não se pode negar que a previsão do expresse requerimento da citação do réu possui seu nascedouro no "princípio da inércia do Poder Judiciário". Tal princípio processual disciplina a assertiva de que compete sempre à parte interessada dar início ao processo, e por entender-se que a lide será angularizada apenas após a citação do réu, o legislador previu o expresse requerimento da citação por parte do autor. Observe-se que esse princípio contrapõe-se aqúeloutro intitulado "princípio do impulso oficial" - respeitante à movimentação dos trabalhos processuais - cuja incumbência sempre recairá sobre o Estado (= juiz). Entretanto, cabe assinalar que ambos se fazem presentes na disciplina do artigo 262 do CPC.

No que concerne ao comando oriundo do artigo 283 do Código de Processo Civil, nele evidencia-se a imperatividade de que se faça anexar à petição inicial os documentos indispensáveis à propositura da ação, posto que, por exemplo, inaceitável seria um pleito executivo sem a apresentação das provas a que aludem os incisos do artigo 614 do vigente diploma processual, ou uma ação monitória sem a prova escrita a que alude o artigo 1.102a da mesma codificação. Aliás, a regra legal em comentário nada mais é do que uma confirmação da máxima prevista no artigo 396 do CPC, segundo a qual a oportunidade de produção da prova documental para o autor é a petição inicial e para o réu a contestação.

4. DO INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL

Ultrapassadas as questões acerca dos caracteres previstos expressamente na

¹⁰Sob pena, inclusive, de preclusão, segundo o entendimento dominante na doutrina e na jurisprudência.

¹¹Uma pequena observação se faz importante, qual seja, a expressa referência àquilo que a prática do foro denominou de "despacho de especificação de provas" de que se vale comumente o juiz para determinar às partes litigantes que especifiquem pormenorizadamente as provas que pretendem produzir, isso anteriormente à própria audiência referida no artigo 331 da lei de ritos; todavia, embora se reconheça a praticidade que pode gerar tal expediente, certo é que o não atendimento desse chamado judicial - que, diga-se *en passant*, não possui previsão expressa na lei processual - jamais poderá implicar na perda da oportunidade da feitura do requerimento de provas, uma vez que tal diligência pode ser tomada até o momento da realização da audiência a que se referiu anteriormente.

legislação em vigor que deve conter a petição inicial, convém agora adentrarmos especificamente aos casos em que a legislação prevê a possibilidade de indeferimento da mesma, e, para isso, imperativo se entremostra a análise atenta das regras dispostas nos artigos 284 e 295, ambos do Código de Processo Civil.

De início, importa trazer à baila a lição de Calmon de Passos, segundo a qual

"a petição inicial, ato processual típico, pode, conseqüentemente, ser defeituosa. E se o defeito que apresenta é relevante, isto é, capaz de obstar o fim específico a que o ato se propõe ou de dificultar ou impedir o alcance dos fins de justiça a que o próprio processo, como fenômeno global, se lança, deve o defeito da petição inicial acarretar o seu indeferimento, vale dizer, a sanção de invalidade do ato, chamada de indeferimento, por seu caráter obstativo".¹²

Humberto Theodoro Júnior indica que

"os casos de indeferimento da petição inicial são de três espécies: a) de ordem formal (arts. 295, I, V e VI); b) de inadmissibilidade da ação, por faltar-lhe condição necessária ao julgamento de mérito (art. 295, ns. II e III, e parágrafo único, nº III); e c) por motivo excepcional de improcedência do próprio pedido (mérito) (art. 295, nº IV, e parágrafo único, ns. II e III, em alguns casos)".¹³

Os "de ordem formal" nem sempre são possíveis de serem evitados por meio da utilização de emenda, já que em sendo a inépcia da petição inicial fulcrada na impossibilidade jurídica do pedido (art. 295, I, parágrafo único, III), ou mesmo não se podendo adaptar o tipo de procedimento legal à ação cujo procedimento tenha sido imprimido incorretamente (art. 295, V), certo é que não há emenda possível que possa corrigir tais erronias.

Por sua vez, os "de inadmissibilidade da ação" - que podem coincidir com os "de ordem formal" quando a inépcia emergir da impossibilidade jurídica do pedido - parecem não serem possíveis de evitamento em qualquer hipótese, vez que, como o próprio termo utilizado por Humberto Theodoro Júnior deixa claro, colocam a ação na posição de inadmissível, o que até seria despidendo dizer dada a incontornabilidade das questões circunscritas ao derredor da ilegitimidade, carência e impossibilidade jurídica do pedido.

Finalmente, quanto aos classificados como "por motivo excepcional de improcedência do próprio pedido", somente a hipótese elencada no inciso IV não com-

¹²Camon de Passos, op. cit., p. 286.

porta tentativa de aproveitamento da petição inicial, já que desde o início evidenciase a impertinência de dar-se seqüência a uma "ação natimorta".

Sobre o assunto é oportuna, também, a lição de Luiz Rodrigues Wambier et al:

"o indeferimento da petição inicial mostra um embate de valores. De um lado, não se pode perder de vista que o processo, do qual a petição inicial é integrante, é instrumento e não um fim em si mesmo. A instrumentalidade consiste, exatamente, em não se sacrificar o fim em homenagem ao meio. Não interessa à jurisdição o encerramento prematuro do processo, sem a devida solução da situação jurídica reclamada, seja ela conflituosa ou não, pois sempre que a jurisdição for provocada deve ela atuar, regulando a vida social. Sob esse prisma, todos os componentes aproveitáveis devem ser levados em conta, ainda que não constituam a melhor técnica, pois não se olvida que a parte espera muito da jurisdição. O mais das vezes, coloca a parte todas as suas esperanças na decisão, e uma sentença de extinção do processo sem julgamento do mérito, é no mínimo, frustrante. Sob todos os aspectos: o litígio não foi solvido; a parte contrária se sente vitoriosa sem realmente o ser; a atividade jurisdicional foi inútil. A petição inicial é o elemento desencadeador de toda a atividade jurisdicional subsequente. É ela que dá início à formação do processo, que introduz a demanda em juízo, que leva ao conhecimento do juiz uma relação jurídica que reclama a intervenção do Estado. Por isso, a jurisprudência tem sido cautelosa, só admitindo o indeferimento da petição inicial quando o vício que apresenta realmente se mostrar de tal monta que chegue a impossibilitar mesmo a outorga da tutela jurisdicional."¹⁴

Sem sombra de dúvidas, a regra contida no caput do artigo 284 do CPC é, portanto, uma das normas que mais se amolda ao que hoje se denomina de "princípio da instrumentalidade do processo", posto que é através da correta aplicação de sua exegese que se possibilita o aproveitamento de um dos principais atos processuais praticados no processo - aliás, o principal deles -, qual seja, a postulação de direitos, exercitada através da petição inicial. E assim o é, porque jamais seria concebível que uma falha na petição inicial passível de correção por meio de uma simples emenda pudesse fazer com que se estancasse todo o processo no qual o autor depositou sua esperança. Destaque-se que tão importante se faz esse dispositivo legal, que a mais alta Corte de nosso país competente para a apreciação da matéria já se manifestou

¹⁴Luiz Rodrigues Wambier (coordenação), Flávio Renato Correia de Almeida e Eduardo Talamini, op. cit., p. 300.

no sentido da impossibilidade de indeferir-se a petição inicial anteriormente a dar-se oportunidade ao autor para proceder à emenda da mesma.¹⁵

Desse modo, temos que, enquanto a regra é o aproveitamento dos atos processuais, oportunizando-se ao autor a apresentação de emenda à petição inicial, a exceção é o indeferimento desta última, mas exceção essa somente verificável após a adoção da precitada diligência, tudo em conformidade com a interpretação mais adequada que se deve dar ao caput do artigo 284 e seu respectivo parágrafo único.¹⁶

Em contrapartida à benesse inserta no *caput* do artigo 284 do CPC, vem a penalidade elencada no artigo 295 do mesmo codex, pugnando pelo indeferimento da petição inicial de acordo com as hipóteses ali destacadas, e embora de acordo com o comando legal do caput da referida norma o indeferimento pareça à primeira análise sempre ser imperativo, a verdade é que em conformidade com o princípio da instrumentalidade tal obstáculo sobreposto pela lei, tanto quanto possível deve ser amenizado, uma vez que em tais situações havendo possibilidade de correção da falha apresentada pelo libelo inaugural deve o magistrado igualmente se valer do permissivo legal que foi colocado a sua disposição pelo legislador ordinário (art. 284 CPC) para o aproveitamento dos trabalhos forenses até então realizados.¹⁷

Não se pode deslembrar, de qualquer maneira, que a tendência moderna do Direito Processual é deixar de imprimir rigores injustificáveis ao processo, a fim de oportunizar de um modo mais eficaz a aplicabilidade da justiça ao caso concreto, deixando, assim, as vestimentas ultrapassadas do Direito Romano de outrora que se encontravam sobrecarregadas de formalidades completamente destemperadas, tudo na nobre tentativa de dar-se maior operosidade à solução das controvérsias submetidas ao crivo do Poder Judiciário.

¹⁵Nesse sentido: "PROCESSUAL - PETIÇÃO INICIAL - REQUISITOS - EMENDA - INDEFERIMENTO - PEDIDO GÊNÉRICO. Só depois de dar oportunidade ao autor para emendar ou completar a inicial e ele não cumprir a diligência, o Juiz poderá indeferir a inicial. Recurso improvido." (STJ, 1ª Turma, Recurso Especial nº 208.553-RS. Rel. Ministro Garcia Vieira, in DJ de 02.08.99). No mesmo sentido: STJ, 1ª Turma. Recurso Especial nº 171.361-SP. Rel. Ministro Garcia Vieira, in DJ de 14.09.98: "PROCESSUAL - PETIÇÃO INICIAL - INDEFERIMENTO - INTIMAÇÃO DO AUTOR (CPC - ART. 282) - ACÓRDÃO QUE ENCERRA O PROCESSO POR INÉPCIA DA INICIAL. I - O Art. 263 do CPC não interfere na aplicação do Art. 284. II - Ofende o Art. 284 do CPC, o acórdão que declara extinto o processo, por deficiência da petição inicial, sem dar o autor, oportunidade para suprir a falha. III - Processo que, após dezoito anos e dois acórdãos do STJ, retorna à gênese. Procura Kafkiana (não proustiana) do tempo perdido." (STJ, 1ª Turma, Recurso Especial nº 114.092-SP, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, in DJ de 02.05.98).

¹⁶Barbosa Moreira esclarece que "o Juiz concienzoso e criativo encontrará ajuda inestimável na disposição do art. 284, *caput*, (...). Inteligentemente explorada, permite a norma salvar do naufrágio imediato postulações malformadas mas suscetíveis de correção. Presume-se, é claro, que o advogado do autor saiba tirar proveito da "bóia" que se lhe atira, em vez de perseverar no desígnio suicida (...)." (cf. *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 156).

¹⁷Adroaldo Furtado Fabrício esclarece que "Ao juiz pesa o dever de, tão pronto lhe seja submetido a petição inicial, examinar, ainda que sumariamente, a sua aptidão para servir de ponto de partida à formação do processo e sobretudo, de molde a uma sentença de mérito, já que dita peça se constitui em um 'projeto' de sentença, segundo a expectativa de quem a oferece. Convencendo-se de que ela é inepta (vale dizer, não apta a cumprir função específica), a indeferirá, não sem antes esgotar as possibilidades de esclarecimento, emenda ou complementação que a torne aproveitável (CPC, art. 284)" (cf., *Extinção do processo e mérito da causa*, p. 10).

De outro lado, não se perca de vista, também, que as formalidades servem à segurança e estabilização do processo, e, por isso, igualmente merecem a atenção do exegeta, de molde a que não se de margem à ocorrência de desordem e tumulto processual. Entretanto, a atenção do intérprete deve sempre estar voltada mais à praticidade exigida pela ciência moderna do Direito Processual, daí porque o que realmente importa é o alcançamento da Justiça¹⁸. Assim, se a Justiça pode ser alcançada ainda que por caminhos outros que não àqueles especificamente previstos pela legislação, desde que em um balanço final tenham sido respeitados os motivos que levaram o legislador a prever as ditas formalidades, não há porque se engessar o desenvolvimento dos trabalhos processuais às custas de tacanhos regramentos procedimentais.

5. DA EXTENSÃO DO INDEFERIMENTO

Ao permitir a cumulação de vários pedidos e possibilitar que duas ou mais pessoas possam litigar em conjunto ativa ou passivamente, tudo no âmbito de um mesmo processo (artigo 292 e artigo 46, ambos do CPC), o legislador ordinário deu margem a que o indeferimento da petição inicial - obviamente quando tal diligência se mostrar imperativa -, possua certa variação, uma vez que a extensão dessa providência decorrerá tanto da abrangência da postulação quanto da espécie de falha apresentada na petição inicial.

Assim é que, quando estamos diante de uma hipótese onde não ocorra cumulação de ações¹⁹, a erronia verificável na petição inicial não passível de correção determinará o indeferimento total da petição inicial. Contrário a isso, em sendo constatado erro inescusável apenas em relação a uma das ações cumuladas no âmbito de um mesmo processo - seja no aspecto objetivo ou subjetivo -, o indeferimento deverá ser parcial, não abrangendo, conseqüentemente, a totalidade do processo (= procedimento), já que nesta última hipótese outras "ações" remanescerão intactas diante da ausência de obliteração de seus respectivos cursos.

Para Barbosa Moreira,

¹⁸Nesse sentido: "PROCESSUAL CIVIL. PETIÇÃO INICIAL, EMENDA POSTERIOR À CITAÇÃO, DESCUMPRIMENTO, EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, POSSIBILIDADE. Verificando o juiz de primeiro grau a necessidade da juntada de determinada documentação pelos autores, não há óbice para que seja dada oportunidade à emenda da petição (art. 284 do CPC) após a citação da ré, de modo que o descumprimento da diligência acarretará o indeferimento da inicial. Recurso conhecido e provido." (STJ 5ª Turma, Resp nº 213.045-RJ, Rel. Min. Félix Fischer, j. 04.04.00, v.u., DJ de 15.05.00).: "PROCESSO CIVIL INÉPCIA DA INICIAL, ARTIGOS 282 E 284 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, INCORRÊNCIA. Satisfeitos os requisitos legais, ainda que de forma singela, deve o magistrado, sempre que possível, evitar o indeferimento da inicial por inépcia, mormente quando o autor é beneficiário da justiça gratuita." (STJ, 2ª Turma, Resp nº 53.156-RN, Rel. Min. Hélio Mosimann, j. 13.12.96, v.u., DJ de 24.02.97).
¹⁹Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery esclarecem que "...A cumulação pode ser *objetiva* (de pedidos) ou *subjetiva* (de partes - litisconsórcio - CPC 46 e 47)..." (cf., *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, p. 571).

"o indeferimento pode ser total ou parcial. Será parcial, em havendo cumulação de pedidos, quando: a) só em relação a um ou a alguns dos pedidos cumulados ocorra qualquer das razões acima"²⁰, levando-se em conta, no tocante à adequação do rito, o disposto no art. 292, § 2º, que admite a cumulação, ainda quando a cada pedido corresponda um procedimento, desde que para todos (...) se adote o ordinário; b) o órgão judicial seja absolutamente incompetente quanto a um ou alguns dos pedidos cumulados; c) a própria cumulação seja impossível, porque aos dois ou mais pedidos deveriam corresponder outros tantos procedimentos diversos, mas o autor os formula em conjunto apesar de não os reduzir todos ao ordinário. Nas hipóteses a e b, o juiz indeferirá a inicial no concernente ao pedido inviável ou aos pedidos inviáveis, deferindo-a no concernente ao outro ou aos outros. Na hipótese c, sendo todos os pedidos, em si, viáveis, embora insuscetíveis de cumulação, deve o juiz consultar o autor, para que diga, num decêndio (art. 284, caput, fine, aplicável por analogia), se aceita (quando possível!) vê-los processar pelo rito ordinário, sob pena de ser indeferida a inicial quanto ao(s) pedido(s) a que corresponda procedimento diferente do indicado pelo autor (...)." ²¹

Reportando-se ao tema em debate, Humberto Theodoro Júnior assevera que

"pode haver indeferimento total ou parcial da petição inicial. Será parcial quando, sendo vários os pedidos manifestados pelo autor, o despacho negativo relacionar-se apenas com um ou alguns deles, de modo a admitir o prosseguimento do processo com relação aos demais. Será total quando o indeferimento trancar o processo no nascedouro, impedindo a subsistência da relação processual." ²²

Da leitura dos ensinamentos constantes dos parágrafos anteriores, vê-se que os mencionados doutrinadores não destinaram tanta preocupação à problemática que exsurge das questões relativas ao denominado cúmulo subjetivo de ações, decorrente de eventual litisconsórcio ativo ou passivo havido em determinada demanda. Entretanto, conforme já se disse alhures - sempre com vistas nas regras dispostas nos incisos II e III do artigo 295 do Código de Processo Civil - aí também se mostra possível o indeferimento apenas parcial da petição inicial, já que em sendo evi-

²⁰Com a expressão "ocorra qualquer das razões acima" o eminente processualista carioca refere-se a cada uma das causas que podem levar ao indeferimento da petição inicial.

²¹José Carlos Barbosa Moreira, *Novo Processo Civil Brasileiro*, p. 24-25.

²²Humberto Theodoro Júnior, obra citada, p. 385.

dente a ilegitimidade de uma das partes de qualquer dos pólos da ação (um dos autores ou um dos réus) ou mesmo indubitado que um dos autores careça de interesse processual, o indeferimento parcial da petição inicial nesse pormenor é perfeitamente possível sem que haja interferência no desenvolvimento das demais questões submetidas ao crivo do Poder Judiciário.²⁵

Assim, se A e B propõem conjuntamente ação indenizatória em relação a C, em se verificando que falte a qualquer deles legitimidade para ocupar o pólo ativo do pleito (inciso II do artigo 295 do CPC) ou interesse processual (inciso III do artigo 295 do CPC), o juiz deverá indeferir a petição inicial apenas em parte, ou seja, o processo será somente obliterado na porção correspondente à pretensão do autor ilegítimo ou carente, devendo, portanto, dar-se seqüência à outra ação subjetivamente cumulada, isto é, estabelecida entre o autor legítimo ou que possua interesse processual e C. Observe-se que esse raciocínio também é válido quando o cúmulo subjetivo ocorrer no pólo passivo, o mesmo se podendo dizer quando a cumulação fizer-se presente em ambos os pólos, com a ressalva, apenas, de que na primeira hipótese obviamente o indeferimento da petição inicial decorrerá da infringência do inciso II do artigo 295 do CPC e nunca do inciso III seguinte.

Ao derradeiro, convém alinhar que não se pode deslembra que o leque de possibilidades de indeferimento parcial da petição inicial se avoluma ainda mais na medida em que no âmbito de um mesmo processo pode haver tanto cumulação objetiva quanto subjetiva de ações, daí defluindo, então, na confirmação da assertiva de que a extensão do indeferimento da petição inicial (total ou parcial) correlaciona-se com a abrangência e as "falhas" da postulação.

6. NATUREZA JURÍDICA DA DECISÃO QUE INDEFERE PARCIALMENTE A PETIÇÃO INICIAL

Ao tratar dos atos do juiz, o legislador especificou no *caput* do artigo 162 do Código de Processo Civil, que os mesmos consistem em sentenças, decisões interlocutórias e despachos, para ao depois, no mesmo dispositivo legal, todavia nos §§ 1º, 2º e 3º, conceituá-los como sendo a atividade pela qual se põe termo ao processo decidindo ou não o mérito; aquela outra que no curso do processo resolve questão incidente; e - até mesmo por exclusão -, todas as demais diligências praticadas de ofício ou a requerimento da parte a que a lei não estabeleça forma diversa; respectivamente.

²⁵No âmbito do Direito do Trabalho, Manoel Antonio Teixeira Filho esclarece que "... os pedidos não constituem a única referência para a extinção parcial do processo. Há situações em que essa craveira é a própria pessoa do autor. Expliquemo-nos. Num liticonsórcio ativo e facultativo, em que os diversos autores estejam postulando, v.g., determinadas diferenças salariais, somente um deles pode vir a ser declarado carecedor da ação (por falta de interesse de agir, digamos); com isso, o processo poderá prosseguir em direção à sentença de mérito no que tange aos outros autores consorciados na demanda." (cf. *Curso de Processo do Trabalho*, p. 16).

Portanto, e limitando-se àquilo que interessa ao desenvolvimento do presente trabalho, temos que os pronunciamentos judiciais que possuem "conteúdo decisório relevante" são: a sentença e a decisão interlocutória, razão pela qual, *ab initio*, pode ser descartada a eventual e equivocada pretensão de querer enquadrar-se a decisão que indefere parcialmente a petição inicial na categoria de despacho, restando, apenas, analisar-se pormenorizadamente as possibilidades remanescentes.

Doutrinando acerca da matéria em debate, ou seja, das questões envoltas ao redor das diferenciações existentes entre sentença e decisão interlocutória, Nelson Nery Júnior assevera que

*"é interessante a classificação dos pronunciamentos judiciais feita pela Profa. Teresa Arruda Alvim Wambier. Para ela a sentença se define pelo conteúdo (matérias constantes dos arts. 267 e 269 do CPC). Essa classificação é de lege ferenda e não se encontra em consonância com o direito positivo brasileiro vigente, pois o CPC define sentença como o ato pelo qual se extingue o processo no primeiro grau de jurisdição, decida ou não o mérito. Sobrevindo decisão judicial que não extinga o processo, caso em que o procedimento deverá ter seu curso seguido, estaremos diante de decisão interlocutória, mas não de sentença, irrelevante para tanto o conteúdo do ato judicial analisado. Esse critério classificatório adotado pela Prof^a. Teresa Alvim Wambier foi utilizado no direito positivo brasileiro revogado (CPC de 1939), que previa vários recursos cabíveis contra a sentença, conforme a matéria dela constante. O sistema não deu certo e reinava muita confusão sobre a adequação do recurso no sistema revogado. Daí a aplicação freqüente do princípio da fungibilidade, inclusive com expressa referência no texto legal (art. 810, CPC/39). No sistema atual foi adotada regra diferente, qualificando-se o ato judicial por sua consequência."*²⁴

Abeberando-se diretamente nos ensinamentos de Tereza Arruda Alvim Wambier, observa-se que

"as sentenças são os pronunciamentos judiciais que têm como principal efeito o de pôr fim ao procedimento em primeiro grau de jurisdição. É quase tautológica a definição constante do art. 162, § 1º do Código de Processo Civil vigente, pelo menos no que tange às sentenças processuais. Neste parágrafo se refere a lei à sentença

²⁴Nelson Nery Júnior, *Recursos no Processo Civil - I, Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos*, p. 207-208.

que decide o mérito da causa e que, ipso facto, põe termo ao processo ou ao procedimento, em primeiro grau de jurisdição, o que não suscita problemas; e à sentença que não decide o mérito, e que também tem como efeito pôr fim ao processo. (...) Questões como estas só podem ser respondidas se se tem em conta a circunstância de que a lei prevê os possíveis conteúdos destes atos judiciais que têm por efeito o de pôr fim ao processo. A lei o faz expressa e minuciosamente nos arts. 267 e 269 do Código de Processo Civil. (...) Isto porque, como se vê, não é o colocar fim no processo o que caracteriza essencialmente a sentença, mas o seu conteúdo. Nestes casos, são sentenças, porque julgam o mérito. Pôr fim ao processo não é senão um efeito das sentenças. É, portanto, o conteúdo do ato sentencial que o distingue dos demais pronunciamentos judiciais e não o efeito que gera, pois o gera exata e precisamente porque é sentença, porque tem o conteúdo de sentença. Os conteúdos específicos das sentenças (arts. 267 e 269 do Código de Processo Civil) são, assim, o critério que as distingue das decisões interlocutórias. O mesmo não se pode dizer, entretanto, no que tange às próprias decisões interlocutórias. Não é o conteúdo específico que elas apresentam o que as distingue dos demais pronunciamentos judiciais, mas a natureza deste conteúdo, que tem de ser decisória. Assim, não importa sobre o que verse qualquer decisão, desde que não seja ela encartável nos arts. 267 e 269 do Código de Processo Civil, será uma decisão interlocutória que não terá, portanto, como efeito, o de pôr fim ao procedimento de primeiro grau ou ao processo. (...) Antes de chegar-se à sentença, o Poder Judiciário, necessariamente, tem de proferir certas decisões 'cujo número e cuja variedade depende das particularidades de cada litígio. São mais frequentes na fase instrutória, ou seja, na primeira instância; e se reduzem na fase recursal', diz Manuel Ibañez Frochan, e suas observações são aplicáveis ao direito brasileiro. Impossível é, tal a diversidade de decisões que podem ser tomadas no curso do processo, traçarem-se os contornos precisos das decisões interlocutórias. De fato, o que há em comum entre elas é a circunstância de serem pronunciamentos judiciais de natureza decisória, que não têm como conteúdo as matérias previstas nos arts. 267 e 269 do Código de Processo Civil e que, por isso, não põem fim, quer ao processo, quer ao procedimento, em primeiro grau de jurisdição.¹²⁵

¹²⁵Tereza Arruda Alvim Wambier, O Novo Regime do Agravo, p. 72-74.

Partindo-se dos conceitos formulados pelos doutrinadores acima citados, vê-se com folga de detalhes que o legislador de 1973 - embora imbuído do nobre (e, diga-se também, vitorioso) intuito de melhor adequar os pronunciamentos judiciais a um sistema recursal mais simplificado -, *data maxima* venia, acabou não se utilizando da melhor técnica para definir aquilo que se deve entender por sentença. Assim, do mesmo modo que não se pode negar a validade da denominada "teoria finalística" defendida por Nelson Nery Júnior²⁶ - até mesmo em função da redação atribuída ao § 1º do artigo 162 do Código de Processo Civil -, igualmente não se há de negar vigência ao conceito formulado por Tereza Arruda Alvim Wambier - fulcrado, ao que parece, tanto nos artigos 267 e 269 quanto no artigo 513, todos do CPC. É que, se por um lado é forçoso concluir que inicialmente o legislador voltou sua atenção à questão da finalidade (=consequência) do pronunciamento judicial, dando ênfase à problemática do encerramento do processo decidindo ou não o mérito da causa; de outra banda, inolvidável é que ao referir-se à apelação como o recurso cabível contra a sentença não houve hesitação de sua parte em remeter o exegeta aos regramentos contidos nos artigos 267 e 269 do CPC, isso no inegável afã de estabelecer uma correlação lógica e objetiva entre o conteúdo do pronunciamento judici-

²⁶A pedra de toque estabelecida pelo CPC para classificar os pronunciamentos do juiz de primeiro grau é a *finalidade do ato*, seu objetivo, seu sentido teleológico, sua consequência. Se a finalidade do ato for extinguir o processo, será sentença; se seu objetivo for decidir, no curso do processo, sem extingui-lo, questão incidente, será decisão interlocutória; se sua finalidade for a de apenas dar andamento ao processo, sem nada decidir, será despacho. Nenhum outro parâmetro anterior ao da lei, por mais importante e científico que seja, poderá ser utilizado para estabelecer a natureza e a espécie do pronunciamento judicial. O critério é fixado *ex lege*. Toda e qualquer outra tentativa de classificação do pronunciamento do juiz que não se utilize do elemento teleológico deverá ser interpretada como sendo *de lege ferenda* (...) **Sentença.** É o ato do juiz que, no primeiro grau de jurisdição, extingue o processo com ou sem o julgamento do mérito (CPC 267 e 269). No primeiro grau, pois, se houver apelação, o processo continua no segundo grau de jurisdição. O CPC levou em conta a *finalidade* do ato para classificá-lo e não seu conteúdo: se o objetivo do ato for extinguir o processo, trata-se de sentença. O termo *processo* deve ser entendido como significando o *conjunto* de todas as relações processuais deduzidas cumulativamente e/ou processadas em *simultaneus processus*. O parâmetro para a classificação do ato judicial é o *processo* e não a *ação*. É irrelevante, para classificar-se o ato judicial como sentença, indagar se extinguiu ou não a ação. O ato que extingue a ação pode ser sentença ou decisão interlocutória, caso, respectivamente, extinga ou não o processo. (...) **Exemplos de processo. A)** Ação de investigação de paternidade cumulada com a de alimentos. Extinta apenas uma delas, este ato não se caracteriza como sentença, pois o processo é formado pelo conjunto das duas. Trata-se de decisão interlocutória, pois o processo continua. **B)** Ação principal e reconvenção. O processo é o conjunto das duas, de sorte que se apenas uma delas for extinta, ainda que com julgamento de mérito (v.g., indeferimento liminar da reconvenção por haver-se operado a decadência - CPC 269 IV), o ato judicial que extingue uma delas é decisão interlocutória, pois o processo não se extinguiu. (...) **Decisão interlocutória.** Toda e qualquer decisão do juiz proferida no curso do processo, *sem extingui-lo*, seja ou não sobre o mérito da causa, é interlocutória. Como, para classificar o pronunciamento judicial, o CPC não levou em conta seu conteúdo, mas sim sua finalidade, se o ato não extinguiu o processo, que continua, não pode ser sentença mas sim decisão interlocutória. Pode haver, por exemplo, decisão interlocutória *de mérito*, se o juiz indefere parcialmente a inicial, pronunciando a decadência de um dos pedidos cumulados, e determina a citação quanto ao outro pedido: o processo não se extinguiu, pois continua quanto ao pedido deferido, nada obstante tenha sido proferida decisão de mérito quando se reconheceu a decadência (CPC 269 IV)." (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, 3ª edição revista e ampliada, 1997, Editora Revista dos Tribunais, páginas 466/467).

al e sentença, ou seja, de qualificar esta última como sendo as manifestações do juiz que se encontram encartadas dentre aquelas a que se referem os mencionados dispositivos legais.

Nunca se esquecendo de novamente pedir-se *venia* ao insigne Nelson Nery Júnior, cuja autoridade jurídica dispensa maiores comentários - até mesmo porque do ponto de vista prático parece que realmente o Código mais se amolda a "teoria finalística" por ele defendida - parece-nos que a razão e a melhor técnica processual está com Tereza Arruda Alvim Wambier, quanto mais ao se ter em mente os inúmeros problemas que a aludida teoria pode ocasionar nos campos de abrangência da coisa julgada e da ação rescisória quando verificável num mesmo processo cúmulo objetivo de ações.

Destarte, destinando total atenção aos institutos da coisa julgada e da ação rescisória, observa-se facilmente nesse aspecto que não há como se entender por "sentença" o pronunciamento judicial que simplesmente põe termo ao processo, posto que existindo regramento que permite a cumulação objetiva de ações, certo é que várias ações podem ser decididas num mesmo processo²⁷ - ainda que em momentos diversos -, e, portanto, não é o "pôr fim ao processo" o ponto fulcral da questão, mas sim e unicamente a substância do ato praticado pelo juiz, que, para ser considerado sentença deve situar-se dentre as manifestações referidas nos artigos 267 e 269 do Código de Processo Civil.

Ora, suponha-se que diante de cúmulo objetivo de ações o magistrado indefira parcialmente a petição inicial com relação a apenas um dos pedidos nela formulados (art. 292 do CPC), sob a assertiva de que o autor teria decaído de um dos direitos reclamados ou mesmo que uma das ações cumuladas se encontraria prescrita (inciso IV do artigo 295 do CPC). Seria correto dizer-se que a decisão em estudo tratar-se-ia de decisão interlocutória porque não pôs fim ao "processo"? E que não estaria ela sujeita à coisa julgada e à ação rescisória? Obviamente que as respostas a tais indagações pendem para a negativa, posto que referido pronunciamento judicial inequivocamente qualifica-se como sentença, não pelo critério "finalístico" a princípio exigido pelo Código de Processo Civil no § 1º do artigo 162, mas sim em função do conteúdo apresentado pelo ato judicial, encartado que está no inciso IV do artigo 269 do mesmo códex, sujeito, dessa forma, tanto à coisa julgada quanto à ação rescisória. Aliás, a confirmação dessa assertiva reside na simples circunstância de se

²⁷ "A lei, entretanto, cogita do julgamento *parcial* da lide. Justifica-se a expressão *parcialmente* com a possibilidade de a sentença, no caso de pedidos cumulados (art. 291), decidir sobre um pedido e declarar que os demais são insuscetíveis de decisão naquele processo. Ai, a nosso ver, haverá decisão *total* de uma lide, pois que as demais não foram decididas. Aceitamos, todavia, a lição de CARNELUTTI, admitindo a distinção de processo integral e processo parcial: sendo a sentença a decisão de uma lide, conquanto deva conter-se nos limites desta, 'isso não exclui que possa ser menos que esta, ou seja, que a decida somente em parte, e não na sua inteireza'." (Moacyr Amaral Santos. Comentários ao Código de Processo Civil, Vol. IV, Arts. 332 a 475, 1ª edição, 1976, Editora Forense, página 472).

poder propor separadamente as ações cumuladas com total independência umas das outras.²⁸

Importante também é ressaltar que a mesma observação há de ser feita quando o indeferimento da petição inicial não resultar propriamente em um julgamento de mérito, já que o pronunciamento judicial que rejeita parcialmente a petição inicial igualmente qualifica-se como sentença, dada à incontornável absorção das manifestações previstas no artigo 295 do CPC no anterior artigo 267; todavia, com a ressalva de que aqui se dá origem apenas à "coisa julgada formal", que em razão do não adentramento do mérito da ação não oportuniza o manejo de ação rescisória posto que possível a renovação do pleito (artigos 268, 467 e 485, do CPC).²⁹

Desse modo, numa verdadeira interpretação sistemática do Código, e sempre com os olhos voltados para todo o conjunto normativo da legislação processual vigente, realmente parece mais adequado qualificar-se a decisão que indefere parcialmente a petição inicial como de natureza eminentemente sentencial³⁰ - solução essa, ao que tudo indica, em conformidade com as ponderações feitas por Egas Dirceu Muniz de Aragão ao comentar o pronunciamento judicial que recai sobre ação de-

²⁸Hélio Tornaghi ensina que: "No momento em que o autor dirige ao Estado (juiz) seu pedido de prestação jurisdicional, surge entre eles uma relação jurídica: o autor tem o direito de exigir uma decisão pela qual o juiz diga se admite ou não a petição inicial. Mas essa relação linear não é ainda o processo; essa é atividade de pelo menos três pessoas (*ad minus trium personarum*): autor, juiz e réu. Se há o indeferimento da inicial o réu não é citado e, portanto, não se pode dizer que tenha chegado a haver processo. Mas aceitamos o emprego da palavra processo em sentido amplo. Admitamos que ele nasça com a simples decisão do juiz na inicial. Nesse caso, o indeferimento dessa é, ao mesmo tempo nascimento e morte do processo. De qualquer modo, como foi dito acima, da decisão que repele a inicial (e que é sentença - art. 459, segunda parte) cabe apelação (art. 513)." (cf., *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 330-331).

²⁹Segundo Moacyr Amaral Santos "Produzem coisa julgada e, pois, têm autoridade de coisa julgada as sentenças de mérito, as *sentenças definitivas*. Por outras palavras, produzem coisa julgada as sentenças que decidem a *lide* (art. 468). As demais decisões não produzem coisa julgada. As *sentenças terminativas* encerram o processo, mas não decidem o mérito (art. 267). Estas transitam em julgado, mas não fazem coisa julgada material. Com a sua prolação, decidem apenas quanto ao processo, não quanto ao mérito. Imprejudgado fica este, continuando as partes na mesma situação em que se achavam antes da instauração do processo, e nada obsta que a ação seja instaurada e decidida noutro processo, salvo quando o encerramento daquele se dá pelo reconhecimento da existência de perempção, litispendência ou coisa julgada. (...) Igualmente, não produzem coisa julgada as decisões interlocutórias (art. 162, § 2º), os despachos de expediente (art. 162, § 3º), as sentenças proferidas em processos de jurisdição voluntária ou processos cautelares. (...) (cf., *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 473-474).

³⁰Todavia é bom que se diga que existem opiniões em sentido contrário, como é o caso daquela defendida por Nelson Nery Júnior e Humberto Theodoro Júnior, afirmando este último autor expressamente que enquanto a decisão que indefere totalmente a petição inicial é "sentença terminativa" a que indefere apenas parcialmente a petição inicial é "decisão interlocutória" (cf., *Curso de Direito Processual Civil*, p. 384). No que diz respeito à primeira afirmação feita por Humberto Theodoro Júnior, no sentido de que a decisão que indefere totalmente a petição inicial tratar-se-ia de sentença terminativa, a verdade é que nem sempre ela o será, uma vez que há situações onde a rejeição liminar da petição inicial poderá se dar em decorrência da verificação da prescrição ou da decadência (art. 295, IV, CPC), o que implicaria num verdadeiro julgamento de mérito a teor da disciplina do inciso IV do artigo 269 do CPC. Assim, em que pese a classificação dada por inúmeros doutrinadores de que todas as sentenças possuem natureza terminativa, parece que melhor seria dizer-se que a decisão que indefere integralmente a petição inicial tratar-se-ia, conforme o caso, de sentença meramente terminativa (ou apenas terminativa) ou sentença terminativa definitiva (ou apenas definitiva).

claratória incidental³¹ -, isso porque, como já se disse alhures, as demais regras pre-dispostas na lei que não os §§ 1º e 2º do artigo 162 do Código de Processo Civil, como, por exemplo, os artigos 467, 468, 485 e 513 do mesmo codex, induzem o intérprete à adoção de tal posicionamento, pois, indubitavelmente, mais fácil é admitir a errônea de comandos normativos decorrentes da "nova" sistemática recursal do que uma profunda alteração na base conceitual daquilo que deve ser entendido como sentença, com reflexo incontroversamente negativo nos institutos da "coisa julgada" e da "ação rescisória", mesmo atento ao fato de que a terminologia "processo" empregada ao longo do Código diz respeito a "procedimento".³²

7. RECURSO CABÍVEL

Anteriormente à identificação do recurso cabível contra a decisão que indefere parcialmente a petição inicial, mostra-se imperativo analisar-se as regras estatuídas nos §§ 1º e 2º do artigo 162, artigo 513 e caput do artigo 522, todos do Código de Processo Civil, segundo as quais "sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa" (art. 162, § 1º), "decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente" (art. 162, § 2º), "da sentença caberá apelação" (art. 513) e "das decisões interlocutórias caberá agravo" (art. 522, caput).

Certo é que, a partir de 1973, com a entrada em vigência do novo ordenamento processual civil, sensível alteração se abateu sobre a sistemática recursal anteriormente prevista na lei, que, sem dúvida alguma, eliminou uma série de nebulosidades que circundavam os pronunciamentos judiciais, proporcionando, assim, uma melhor identificação dos recursos cabíveis contra as manifestações judiciais com conteúdo decisório.

Assim, eliminando os empecilhos causados pela tripartição das sentenças - admitida pela doutrina à época do Código de 1.939³³ - relativamente à identificação dos

³¹Egas Dirceu Muniz de Aragão entende que "... Se o pronunciamento recair sobre uma questão incidente sem por fim ao processo, a solução caracterizará uma decisão interlocutória; se o pronunciamento recair sobre uma ação declaratória incidental, a solução caracterizará uma sentença." (cf., *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 51).

³²A propósito é o escólio de Tereza Arruda Alvim Wambier: "Pelo que se expôs, cremos autorizado concluir-se que, a cada processo, corresponde, necessariamente, uma relação processual. Já, a um mesmo procedimento, pode corresponder mais de uma ação, mais de um processo, que corre em *unidade procedimental*. Extinto *um* dos processos, nem por isso se extingue o outro, mantendo-se vivo, por isso, o *procedimento* (e também o processo não extinto). A unidade procedimental que envolve ação e reconvenção é o *simultaneous process*. Não se pode, entretanto, esquecer de que a expressão vem do direito romano, e que, àquela época, não se cogitava, nem de longe, da distinção, que hoje se faz, entre *processo* e *procedimento*. Por isso, da expressão consta o termo '*processus*', mas o fenômeno a que se refere é, em nosso sentir, o *procedimento*." (cf., *O Novo Regime do Agravo*, p. 132-133).

³³Gabriel José Rodrigues de Rezende Filho doutrinava que "Sentenças são as decisões do juiz, as quais podem ser interlocutórias, terminativas e definitivas. As sentenças interlocutórias decidem algum incidente do processo, sem lhe por fim. Assim, por exemplo, a sentença que não admite a interposição de terceiro; a que julga competente ou incompetente o juiz; a que denega a produção de prova; a que concede ou denega medida preparatória de ação. As sentenças terminativas põem fim ao processo, sem lhe resolverem, entretanto, o mérito, como, por

recursos pertinentes, preferiu o legislador de 1.973 adotar parâmetros outros que, a princípio, acabaram por dar margem à escolha de apenas dois meios impugnatórios dos pronunciamentos judiciais, possibilitando, dessa forma, uma enorme simplificação do sistema recursal, já que contra as sentenças (art. 162, § 1º, CPC) - agora subdivididas apenas em terminativas e definitivas - fez-se cabível a apelação (art. 513 CPC) e contra as manifestações judiciais referentes ao solucionamento das questões incidentais havidas no processo sem lhe por termo - outrora denominadas de "sentenças interlocutórias" e agora de "decisões interlocutórias" (§ 2º, art. 162, CPC) - oportunizou-se a interposição do agravo (art. 522, caput, CPC).

Raciocínio inicial - e de certa forma até mesmo inafastável - que decorre dos parâmetros estabelecidos pelo vigente Código de Processo Civil, são as assertivas de que contra as sentenças sempre caberá apelação e contra as decisões interlocutórias sempre caberá agravo, conclusões estas, aliás, que no princípio do novo ordenamento processual acabaram, inclusive, por gerar discussões acerca do afastamento do "princípio da fungibilidade recursal", já que não mais havia a expressa previsão legal de tal "benesse processual" como se via anteriormente da redação do artigo 810 do revogado Código de 1939.³⁴

De fato, manifestando-se sobre as novas regras referentes aos recursos, definidas no CPC vigente, Nelson Nery Júnior assevera que

*"restou consideravelmente simplificado o sistema recursal, pois existe perfeita correlação entre o ato judicial e o recurso dele cabível: da decisão interlocutória cabe agravo; a sentença é impugnável por apelação e o despacho é irrecorrível. A lei optou pelo critério prático para conceituar sentença e decisão interlocutória. Qualquer outra tentativa de classificar os pronunciamentos judiciais, que não seja o critério da lei, estará em desconformidade com o direito positivo vigente, podendo ser considerada apenas de lege ferenda."*³⁵

Sem pretender por panos quentes sobre a tese do jurista acima citado, mas a verdade é que a lógica do raciocínio por ele desenvolvido parece sucumbir diante não só da adoção pelos praxistas do "princípio da fungibilidade recursal" já na vigência do Código de 1.973, como também e fundamentalmente em função da circunstância do legislador ter conceituado mal a expressão "sentença" ao confeccionar o §

exemplo, a que julga procedente a exceção de coisa julgada; a que absolve o réu da instância. Sentenças definitivas, finalmente, são as que decidem o mérito da causa, no todo ou em parte." (cf., *Curso de Direito Processual Civil*, p. 15-16).

³⁴Art. 810. Salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara ou turma, a que competir o julgamento."

³⁵Nelson Nery Júnior, *Recursos no Processo Civil - 1, Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos*, 4ª edição, 1997, Editora Revista dos Tribunais, páginas 207/208.

1º do artigo 162 do Código de Processo Civil, fazendo, assim, com que uma série de pronunciamentos judiciais qualificados incontornavelmente como sentença merecessem como meio impugnatório o recurso de agravo e não o de apelação como inicialmente pretendido, estabelecendo, dessa forma - se é que é permitida a comparação -, uma verdadeira "ponte" de junção entre a sistemática revogada e a atual, de molde a dar origem às afirmações de que embora nem sempre caiba apelação de sentença, das decisões que não impliquem no encerramento do processo (= procedimento) em primeiro grau de jurisdição sempre caberá agravo.

Saliente-se que as conclusões citadas no parágrafo anterior galgam paragens mais férteis ainda, na medida em que é cristalino o erro no que tange apenas à sistemática recursal, ou seja, o conceito errôneo de sentença disposto no § 1º do artigo 162 do CPC decorreu unicamente do intento de alterar o sistema de recursos outrora válido. E, se é certo que, em inúmeras outras passagens do Código, o legislador deixou claro que sentença caracteriza-se por sua substância (decisões encartadas dentro do quadrante de incidência dos artigos 267 e 269 do CPC) - como se viu do tópico antecedente a este e como se verá dos exemplos que se seguirão mais à frente -, nem por isso contra essas sentenças que não põem fim ao procedimento deve ser aviado necessariamente o recurso de apelação, posto que sempre deve ser respeitado o esquema recursal estabelecido pelo novo ordenamento processual, admitindo-se, portanto - e excepcionalmente, diga-se *en passant* - a interposição do agravo em relação a esses mencionados pronunciamentos judiciais.

Doutrinando sobre a matéria em estudo, prepondera Tereza Arruda Alvim Wambier que

"o indeferimento da reconvenção, embora se faça por meio de uma decisão que, a nosso ver, deve ser considerada sentença, como não tem por efeito o de pôr fim ao 'processo', (como um todo considerado, ou seja abrangendo a ação originária e a reconvenção, correndo em simultaneus processus), enseja o recurso de agravo, e não o de apelação. Havendo reconvenção, está-se diante de duas relações processuais, desenvolvendo-se em unidade procedimental. Este procedimento, como um todo considerado, é que não se extingue com o indeferimento liminar da reconvenção. Só nesse sentido, afigura-se-nos ser possível empregar, como faz quase a unanimidade da doutrina, o termo processo, ao asseverar que, com a decisão que indefere liminarmente a reconvenção, não se põe fim ao processo. Claro está que a palavra processo, neste contexto, não é empregada em seu sentido mais técnico. (...) Pelo que se expôs, cremos autorizado concluir que, a cada processo, corresponde, necessariamente, uma relação processual. Já, a um mesmo procedimento, pode corresponder mais de uma ação, mais de um processo, que correm em unidade procedimental. Extinto um dos

processos, nem por isso se extinguirá o outro, mantendo-se vivo, por isso, o procedimento (e também o processo não extinto). A unidade procedimental que envolve ação e reconvenção é o simultaneus processus. Não se pode, entretanto, esquecer de que a expressão vem do direito romano, e que, àquela época, não se cogitava, nem de longe, da distinção, que hoje se faz, entre processo e procedimento. Por isso, da expressão consta o termo 'processus', mas o fenômeno a que se refere é, em nosso sentir, o procedimento. Pelas razões que acima se expuseram, e pela definição de sentença, que temos por correta, acreditamos poder-se afirmar que a decisão que indefere liminarmente a reconvenção é sentença, e que põe fim ao processo da reconvenção, mas não ao procedimento, em que correm, simultaneamente, ação e reconvenção. (...) De fato, como dissemos, se a cada relação processual, corresponde um processo, a decisão que indefere liminarmente, por exemplo, a reconvenção, põe fim ao processo entre reconvinte e reconvindo, mas não ao procedimento como um todo, em que correm ação e reconvenção. Por isso, a nosso ver, é recorrível de agravo e não de apelação. (...) Excepcionalmente, se recorre de sentenças por meio de agravo. Um destes casos excepcionais é justamente o indeferimento liminar da reconvenção. (...) O recurso mais adequado à decisão que determina a exclusão de litisconsorte é, a nosso ver, o de agravo. Extingue-se o processo em relação a este co-réu, mas o procedimento, como um todo, permanece. Assim, a decisão proferida, embora seja substancialmente, uma sentença, não tem como finalidade a de pôr fim ao procedimento como um todo, mas só à ação-processo-relação processual, que se havia estabelecido com relação ao co-réu. É, pois, a nosso juízo, agravável. (...) Optamos pela teoria segundo a qual conforme observa Milton Flakes, 'o indeferimento do pedido equivale ao indeferimento da petição inicial de uma nova demanda. Nada obstante - prossegue este autor - justificam (os adeptos desta teoria) sua opinião favorável ao agravo de instrumento com razões de ordem prática (...)'. (...) Adroaldo Furtado Fabrício expressa-se no sentido de caber, contra a decisão que rejeita liminarmente a declaratória incidental, o recurso de agravo, pois que, devendo prosseguir o procedimento em primeiro grau, terá havido o que o autor chama de 'extinção imprópria ou parcial'. Impediu-se, com a decisão; a formação do simultaneus processus (situação equivalente à unidade procedimental, segundo nossa terminologia).¹¹³⁶

¹¹³⁶Tereza Arruda Alvim Wambier, *O Novo Regime do Agravo*, p. 129-137.

Transportando-nos para a decisão que indefere parcialmente a petição inicial - que, como já se disse alhures, é sentença - verifica-se que tal pronunciamento judicial, igualmente aqueles outros apontados por Tereza Arruda Alvim Wambier, encaixa-se perfeitamente entre as hipóteses excepcionais onde se verifica que apesar de estar-se diante de uma sentença o recurso eventualmente a ser interposto é o agravo. Isso porque, por razões eminentemente de ordem prática - razões estas, aliás, que levaram o legislador ordinário à confecção do novo regime recursal previsto no CPC - atento ao fato de que não há obstáculo à continuidade do procedimento como um todo, mas unicamente em relação a uma ou mais das ações cumuladas no mesmo processo -, o recurso de agravo é que se mostra mais adequado à impugnação do decisum, visto que, através dele, ao mesmo passo que se possibilita à parte "prejudicada" o acesso ao duplo grau de jurisdição não se interrompe a marcha da ação que se encontra perfeitamente em ordem e que remanesce intacta no processo, situação essa que jamais seria possível com a interposição do recurso de apelação que acabaria suspendendo, também, o curso das demais ações cumuladas remanescentes no procedimento.

Uma vez definido que a decisão que indefere parcialmente a petição inicial desafia a interposição de agravo, resta esclarecer apenas qual espécie de agravo deve ser manejada nessa circunstância, uma vez que o mesmo é dotado de inúmeros "subtipos" que se encontram especificados ao longo do Código de Processo Civil e mesmo nos Regimentos Internos dos Tribunais. Assim, quando se tratar de decisão proferida pelo juiz da comarca, embora em tese seja possível a interposição tanto do "agravo retido" quanto do "agravo de instrumento", parece mais adequado e lógico optar-se pelo último, pois seria até mesmo um contra-senso o autor deixar o processo se desenvolver normalmente para vê-lo retroceder à origem quando do julgamento da apelação e do acolhimento das razões de que se lançou mão ao interpor o agravo retido.

Dessa forma, possibilitando o agravo de instrumento a análise mais corredia e oportuna das questões controvertidas levantadas no recurso, e nunca se deslembrando, inclusive, da possibilidade da concessão de efeito suspensivo vislumbrando que a marcha processual não se cinda em detrimento do processo como um todo, é ele o meio recursal mais indicado em tais situações.

Todavia, nos processos cujo trâmite inicial dá-se perante os Tribunais - como é o caso da ação rescisória -, certo é que o "agravo de instrumento" cederá espaço ao "agravo regimental", cuja previsão legal está relegada aos anteriormente citados "Regimentos Internos", recurso esse que possibilitará ao autor valer-se da opinião dos demais componentes da "Turma" ou "Câmara" julgadora para a revisão da posição adotada pelo relator do processo.

8. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE

Era previsão expressa no direito pretérito (CPC/39, art. 810), a aplicabilidade

do denominado "princípio da fungibilidade recursal", consistente na aceitação de um recurso pelo outro quando ausentes má-fé ou erro grosseiro na situação concreta, benesse processual essa que indubitavelmente acabava por se fazer imperativa na medida em que se mostrava demasiadamente complexa - e por vezes indecifrável -, a sistemática recursal de outrora.

Assim é que, no início da vigência da nova lei processual (CPC de 1973), algumas vezes se levaram no sentido de discutir acerca da inadmissão do citado princípio diante do novo ordenamento, uma vez que o legislador de 73 agiu de forma diversa daquela que o fizera o de 39, não prevendo expressamente na lei a possibilidade de "substituição" de um recurso por outro como anteriormente se providenciara. Entretanto, nada obstante o inequívoco reconhecimento de que, em tese, já não mais se fazia tão imperativo como antes a existência do mencionado beneplácito, isso diante da visível simplificação do itinerário procedimental dos recursos inserido no corpo do novel modelo processual, a verdade é que não demorou quase tempo algum para calarem-se as vozes que se levantavam no sentido da inadmissão do "princípio da fungibilidade"³⁷, diligência essa de que se encarregaram a doutrina e a jurisprudência, escudadas principalmente no princípio da instrumentalidade das formas, estampado no artigo 250 do Código de Processo Civil³⁸, que continuava a fortificar o raciocínio de que não se deve sacrificar o fundo pela forma.

Destarte, vencido o primeiro obstáculo sobreposto à aplicação do benefício da fungibilidade recursal já no novo ordenamento legal, cuidaram logo as mesmas defensoras do princípio (doutrina e jurisprudência), de colocar uma espécie de filtro tendente a selecionar as hipóteses ensejadoras da adoção do favor processual em estudo, de modo que houvesse uma sensível diminuição dos casos em que seria possível o reconhecimento dessa peculiaridade.

Criou-se, então, aquilo que se intitulou de "dúvida objetiva", cuja presença passou a se fazer necessária para a aplicação do pormenor da fungibilidade ao recurso de que a parte tenha lançado mão incorretamente, sem prejuízo, ainda, da cumulação das exigências de ausência de má-fé e inexistência de erro grosseiro para assim agir. Por má-fé entendia-se a utilização do recurso cujo prazo fosse mais elástico no lugar daquele outro de prazo mais reduzido para evitar-se a perda da oportuni-

³⁷"PROCESSO CIVIL - RECONVENÇÃO - INDEFERIMENTO *IN LIMINE* - AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECURSO PRÓPRIO. I - O agravo de instrumento é o recurso cabível contra decisão que liminarmente indefere reconvenção, porque o processo de conhecimento continua. II - Inexistência de ilegalidade ou abuso de poder na decisão, que fundada no entendimento pretoriano, determinou o processamento da apelação como agravo, interposto contra despacho que *in limine* indeferiu reconvenção. III - Indemonstrado que o prosseguimento da ação causaria à recorrente, prejuízo de difícil ou impossível reparação, o Mandado de Segurança não se presta para o pretendido efeito suspensivo, ao Agravo de Instrumento. IV - Descabimento do *mandamus*. V - Recurso improvido." (STJ, 3ª Turma, RMS nº 125-SP, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, j. 28.11.89, v.u.).

³⁸"Art. 250. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais."

dade de impugnar a decisão combatida, como, por exemplo, a utilização da apelação nos últimos cinco dias do prazo de quinze dias fixado para a sua interposição quando o correto seria o agravo com prazo de apenas dez dias. Já, por erro grosseiro, considerava-se a interposição de recurso diverso daquele expressamente previsto na lei para a situação concreta, ou seja, nas hipóteses em que o legislador houve por bem indicar expressamente o recurso cabível a adoção de outro implicaria no reconhecimento de erro grosseiro. A dúvida objetiva, por sua vez, correspondia à verdadeira confusão perpetrada pelo próprio sistema recursal em cotejo com as definições de "sentença" e "decisão interlocutória", de modo a impedir a correta identificação do recurso a ser interposto, dúvida essa que no comum das vezes patrocinasse, inclusive, a discordância entre os tribunais nos julgamentos que lhe eram submetidos, e até mesmo entre os próprios doutrinadores, confundindo, assim, os jurisdicionados sobre qual atitude tomar.

Nada obstante as ponderações acima lançadas, indicativas de que para a aplicação do "princípio da fungibilidade recursal" necessário se faz a presença concomitante de dúvida objetiva, de ausência de má-fé e de inexistência de erro grosseiro³⁹, a verdade é que não parece acertado que o exegeta deva voltar sua atenção para as duas últimas condicionantes para permitir o encaixe do benefício processual co-

³⁹Nesse sentido: "PROCESSUAL CIVIL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PETIÇÃO INICIAL INDEFERIDA PELO RELATOR. INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO. RECURSO CABÍVEL: AGRAVO REGIMENTAL. RECEBIMENTO DA APELAÇÃO COMO RECURSO ORDINÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO NÃO CONHECIDO. I - Embora não esteja inserido em nenhum dos dispositivos do Código de Processo Civil em vigor, o princípio da fungibilidade ainda rege o sistema recursal pátrio. É que o art. 579 do CPP pode ser aplicado por analogia (art. 126 do CPC). No entanto, o princípio da fungibilidade recursal não pode ser aplicado indistintamente, como se fosse panaceia, sob pena de subversão do sistema recursal pátrio. Por se tratar de um princípio técnico-jurídico, só pode ser invocado quando estiverem satisfeitos os requisitos fixados pela doutrina e pela jurisprudência à luz do revogado art. 810 do CPC de 1939 e do art. 579 do CPP. O princípio da fungibilidade só tem aplicação quando o recorrente não comete erro grosseiro. Para que o equívoco na interposição do recurso seja escusável, é necessário que haja dúvida objetiva, ou seja, divergência atual na doutrina ou na jurisprudência acerca de qual o recurso cabível. Se, ao contrário, não existe discrepância, ou já está ultrapassado o dissenso entre os comentadores e também entre os tribunais sobre o recurso adequado, não há que se invocar o princípio da fungibilidade recursal. Precedentes do STJ: REsp. n. 117.429/MG, REsp. n. 130.070/SP e Ag. n. 126.734/SP - AgRg. II - Cabe agravo regimental contra decisão singular proferida por magistrado de tribunal que indefere petição inicial de mandado de segurança. Precedentes do STJ: RMS n. 6.740/RJ. Aplicação, por analogia, do art. 39 da Lei n. 8.038/90. III - O recurso ordinário em mandado de segurança só serve para impugnar acórdão. Inteligência do art. 105, II, "b", da CF/88 e do art. 539, II, "a", do CPC. Precedentes do STJ: Ag. n. 109.297/SP - AgRg e RMS n. 5.734/RJ. IV - O princípio da fungibilidade não pode ser aplicado quando o recorrente interpõe apelação ao invés de recurso ordinário em mandado de segurança. Precedentes do STJ: RMS n. 1.046/SP, RMS n. 5.600/RS, RMS n. 6.754/RS e RMS n. 8.038/ES. V - Recurso não conhecido." (STJ, 2ª Turma, RMS nº 7.823-RS, Rel. Min. Adhemar Maciel, j. 19.02.98, v.u., DJ de 16.02.98). "....Destarte, tenho por razoável que se entenda por admissível a fungibilidade recursal na espécie até a edição do verbete sumular, desde que, como no caso, o recurso impróprio (*in casu*, apelação) tenha sido interposto no prazo do recurso próprio (na espécie, agravo). Em face do exposto, em se tratando de apelação interposta no prazo do agravo, anteriormente ao referido verbete 118, tenho por admissível a fungibilidade, razão pela qual conheço do apelo especial e lhe dou provimento, cassando o r. acórdão para ensejar a análise das demais questões postas, inclusive relativa aos outros pressupostos recursais." (STJ, 4ª Turma, REsp nº 84.733-PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 11.06.96, v.u., DJ de 05.08.96).

mentado, vez que o ponto nodal da questão, *data maxima venia*, reside exclusivamente na dúvida objetiva, mesmo porque esta última acaba absorvendo as demais.

É que, a existência por si só de "dúvida objetiva", determinante de que o sistema recursal está a dificultar sobremaneira a identificação do recurso, faz cair por terra a eventual alegação de erro grosseiro, pois, obviamente, em situações assim tratadas inexistente expressa previsão do legislador sobre o meio impugnatório a ser utilizado pela parte, o mesmo se podendo dizer com relação à má-fé, que, de resto, além de não se poder presumir, encontra barreira intransponível na própria falha do sistema processual, chegando, por isso, a ser até mesmo quase impossível de se provar, mas, todavia, em se verificando o acontecimento de uma das hipóteses distribuídas ao longo dos incisos do artigo 17 do Código de Processo Civil no caso concreto, aplicável apenas é a penalidade prevista no artigo 18 do mesmo codex e nunca a inadmissão do recurso pela não incidência do "princípio da fungibilidade".

Voltando à decisão que interessa ao presente trabalho, qual seja, aquela que indefere parcialmente a petição inicial, em decorrência das assertivas já lançadas, indicativas de que a mesma inequivelmente classifica-se como sentença, certo é que diante da confusão ocasionada pelo legislador infraconstitucional ao redigir os §§ 1º e 2º do artigo 162 do CPC - embora no nobre e vitorioso intuito de simplificar o procedimento recursal -, perfeitamente possível é a aplicação do "princípio da fungibilidade recursal", já que presente a denominada "dúvida objetiva"⁴⁰, a justificar, então, a adoção da citada benesse.

Tratando-se, pois, de uma sentença que acaba por ser impugnável por meio de agravo e não por meio de apelação como seria a regra geral, isso em função exclusivamente do fim pretendido pelo legislador reformista de não se impedir a marcha do processo como um todo considerado, e havendo divergência objetiva justificável a respeito do tema em debate, outra não parece ser a melhor solução senão a acima indicada.

Nesse diapasão, em sendo aplicável o "princípio da fungibilidade recursal" à decisão extintiva do cúmulo subjetivo ou objetivo de ações sem que se extinga ne-

⁴⁰Nesse sentido: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. A decisão que não extingue o processo, ainda que indeferidora da inicial em relação a um litisconsorte, não enseja apelação, mas, agravo de instrumento. Recurso Especial atendido. Maioria." (STJ, 4ª Turma, REsp nº 3.504-0-RJ, Rel. Min. Antônio Torreão Braz (originário) e Rel. Min. Fontes de Alencar (designado), j. 30.11.93, DJ de 16.05.94); "PROCESSUAL CIVIL. EXTINÇÃO PARCIAL DE PROCESSO EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO. RECURSO CABÍVEL. Decisão proferta em juízo de retratação, em agravo de instrumento, que declara extinta, ainda que parcialmente, execução, é apelável, por encerrar conteúdo sentencial e não simplesmente agravável, pela forma do parágrafo 6º do art. 527 do Código de Processo Civil. O acórdão que não conhece da apelação, interposta no prazo legal, contraria os arts. 162 parágrafo 1º, 513, 522 e 795 do Código de Processo Civil." (STJ, 3ª Turma, REsp nº 15.616-RJ, Rel. Min. Dias Trindade, j. 17.12.91, v.u., DJ de 24.02.92): "...O não acolhimento do recurso como agravo se fez em razão de manifestação do próprio agravante. sendo certo que a decisão que indefere a inicial, apenas em relação a algum dos pedidos, sem extinguir o processo, tem a jurisprudência entendido ser apenas agravável. De qualquer sorte prejuízo algum pode ser irrogado aos ora recorrentes, que tiveram sua pretensão examinada pelo segundo grau de jurisdição. (...)" (STJ, 4ª Turma, REsp nº 34.990-8-SP, Rel. Min. Dias Trindade, j. 15.12.93, v.u., DJ de 28.03.94).

cessariamente o processo (=procedimento) em sua integralidade, resta apenas esclarecer como se deve dar a incidência desse favor processual.

No caso da opção pender para a apelação e o juiz da comarca entender que o agravo seja o recurso correto, deverá ele recebê-la nessa condição, aplicando, assim, tal benefício, expressando-se, inclusive, sobre a espécie do agravo, se retido ou de instrumento, para que, na última hipótese, isso anteriormente à intimação da parte contrária para o providenciamento das contra-razões pertinentes, possa o recorrente ser intimado para providenciar os documentos obrigatórios e aqueles outros que entenda necessário à instrução do recurso, finalizando-se o itinerário com a remessa dos autos ao tribunal competente para a análise da controvérsia estabelecida na impugnação, todavia, não sem antes já se ter falado sobre a manutenção ou não do decisorio ("juízo de retração"). Se o recebimento da apelação se der como agravo retido, é o procedimento deste que deverá ser seguido, ficando a apreciação de tal recurso por parte do tribunal condicionada ao requerimento a que alude o § 1º do artigo 523 do CPC.

Optando o recorrente pelo agravo, inicialmente impende verificar qual a espécie manejada. Se agravo retido - cujo processamento se dá em primeira instância -, entendendo o juiz da comarca que o correto seria a interposição de apelação, valendo-se da fungibilidade recursal deverá receber o agravo como se apelação fosse, todavia, a bem do andamento da marcha processual a única solução possível parece ser adotar a sistemática reservada ao processamento do próprio agravo retido, pois, senão, a adoção do esquema da apelação estancaria o desenvolvimento das demais ações cujo trâmite não haveria sido obstaculizado no âmbito do processo. Se agravo de instrumento, - que deve ser interposto necessariamente perante o tribunal competente (CPC, art. 524) -, entendendo o tribunal - seja por meio do relator ou da Câmara - que a apelação é que seria a mais indicada à situação concreta, por princípio de economia e celeridade processual, parece mais adequado que, embora recebendo o recurso como se apelação fosse - prestigiando, dessa maneira, o "princípio da fungibilidade recursal" -, o rito a ser seguido é o do próprio agravo de instrumento - oportunizando-se, inclusive, o "juízo de retratação" ao magistrado a quo, parecendo, até mesmo, que nesses casos (extinção de uma das ações cumuladas, seja no aspecto objetivo ou subjetivo) não há como ser negada a atribuição de efeito suspensivo (inciso II do artigo 527 do CPC - obviamente respeitando-se o disposto no caput do artigo 558 do mesmo codex)- de modo que a decisão que indefira parcialmente a petição inicial seja suspensa com a conseqüente suspensão da marcha processual de todo o procedimento no juízo de origem, vislumbrando, assim, o melhor aproveitamento das etapas do processo considerando-se todas as ações cumuladas no que diz respeito não só à resposta (contestação) como também às provas a serem eventualmente produzidas.⁴¹

⁴¹Sobre o assunto destaca-se o brilhante trabalho de Flávio Luiz Yarshell, *A fungibilidade e a nova disciplina do agravo*. In: Revista do Advogado nº 46 - julho/96 - AASP.

Por fim, saliente-se que nos processos que se iniciam perante os tribunais, como é o caso da "ação rescisória", a aplicação do "princípio da fungibilidade recursal" perde razão de existência na medida em que não é cabível apelação da decisão que indefere parcialmente a petição inicial, seja ela proferida pelo relator do processo ou pela Turma ou Câmara julgadora.

9. CONCLUSÕES

Não se tem dúvida de que o bom desenvolvimento de um processo decorre primeiramente da correta postulação de que se vale o autor para a dedução de seu pleito, disso resultando, então, que a petição inicial merece extrema atenção por parte do legislador, a fim de que por meio da confecção de normas mais claras e adequadas se possibilite, tanto quanto possível, o melhor aproveitamento de tal peça processual.

Exemplo claro da preocupação do legislador com o quanto acima exposto é a regra inserta no *caput* do artigo 284 do Código de Processo Civil - que em conformidade com o que se viu durante o desenvolvimento do presente trabalho deve ser ampla e largamente aplicada aos casos concretos -, indicativa de que, ressalvadas algumas hipóteses particulares, o indeferimento da petição inicial sempre deve ser antecedido da concessão de oportunidade ao autor para emendá-la.

Entretanto, malgrado a clara e oportuna previsão do legislador de que o magistrado se valha da regra mencionada no parágrafo anterior antes mesmo de frustrar o pleito do autor, e mesmo indicar diligentemente o recurso cabível contra o indeferimento total da petição inicial como sendo a apelação, facultando, inclusive, ao magistrado a reforma de sua decisão no prazo de 48 horas (CPC, art. 296), a verdade é que, com a devida vênia, parece que não se destinou a mesma preocupação às hipóteses de cumulação objetiva e/ou subjetiva de ações num único procedimento, situações estas que demandam muita atenção em razão dos inúmeros desdobramentos que o indeferimento de apenas uma das ações cumuladas proporciona.

Assim, melhor seria - a exemplo do que ocorre em Portugal⁴², todavia em menor extensão - que em nosso sistema processual houvesse previsão legislativa impedindo o magistrado de indeferir parcialmente a petição inicial em qualquer das hipóteses de cumulação de ações num mesmo procedimento, imposição legal essa que permitiria sempre ser dado um alcance bem mais amplo à postulação do autor, sem que, com isso, se abstraísse do juiz a possibilidade de não acolher a ação que desde o início já se lhe mostrava inadmissível na oportunidade da sentença.

Dir-se-ia, talvez, de que um aval nesse sentido, ou seja, de permitir que uma ação inadmissível chegue à fase sentencial acabaria por atravancar sobremaneira o

⁴²Artigo 474º (Indeferimento liminar) (...) 2. Não é admissível o indeferimento liminar parcial da petição, a não ser que dele resulte exclusão de alguns dos réus." (Código de Processo Civil Português).

andamento do processo que se desenvolve com cumulação de ações, todavia, tal assertiva é facilmente combatida na medida em que o que desde o início se mostra inaceitável assim sempre o será, como o será, também, todos os requerimentos a ele vinculados, que poderão ser indeferidos sem que a decisão nesse particular possua natureza jurídica de sentença e acabe por causar todas as dificuldades daí decorrentes.

Ora, além de melhor disciplinar o conteúdo jurídico da decisão que indefere parcialmente a petição inicial, eliminar-se-ia a problemática recursal ocasionada pela falha do sistema e mesmo da natureza jurídica do citado ato processual, sem ocasionar-se, ainda, qualquer tumulto no processo, como de fato ocasionaria o eventual aviamento de recurso inadequado com o seu imperativo conhecimento em decorrência do "princípio da fungibilidade recursal" inteiramente aplicável à espécie.

Nessa esteira de silogismo, enquanto não providenciado pelo legislador as alterações que parecem ser necessárias, nunca se abrindo mão de que é sentença a decisão que indefere parcialmente a petição inicial e de que pela sistemática do Código vigente o meio impugnatório correto é o agravo, a aplicação do "princípio da fungibilidade recursal" em tais situações é medida que se impõe, sem que se possa obstaculizar, inclusive, o processamento da apelação eventualmente interposta contra tal ato judicial mesmo nos últimos cinco dias da quinzena aprazada para a apresentação desse último recurso.

BIBLIOGRAFIA

- ALLA, Valentina J. C. *O Novo Recurso de Agravo*. In: Revista de Processo nº 84, Ano 21, Outubro-Dezembro de 1.996, páginas 56/98. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- ALVIM, José Manuel de Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*, Vol. II, Processo de Conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. II, Arts. 154 a 269, 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
- BITTAR Filho, Carlos Alberto e Bittar, Eduardo Carlos Bianca. *O Recurso de Agravo*. In: Revista de Processo nº 82, Ano 21, Abril-Junho de 1.996, páginas 23/37. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- CARVALHO, Ernesto Antunes de. *Princípio da Fungibilidade Recursal: Prazo*. In: Revista de Processo nº 79, Ano 20, Julho-Setembro de 1.995, páginas 249/253. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- DIAS, Maria Berenice. *Agravo: Alguns Pontos Controvertidos*. In: Revista de Processo

nº 92, Ano 23, Outubro-Dezembro de 1.998, páginas 236/243. São Paulo: Revista dos Tribunais.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do Processo*, 7ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Extinção Imprópria do Processo e Recurso Cabível*. In: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul nº 5, Ano II, 1.975, novembro. Porto Alegre: Ajuris.

_____. *Extinção do Processo e Mérito da Causa*. In: Revista de Processo nº 58, Ano 15, Abril-Junho de 1.990, páginas 07/32. São Paulo: Revista dos Tribunais.

FADEL, Sergio Sahione. *Código de Processo Civil Comentado*, Vols. I (Arts. 1º a 443) e II (Arts. 444 a 889), 4ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1982.

FIGUEIRA, Alvaro de Souza Reis. *Indeferimento Liminar por Razões Substantivas e Filosofia do Processo* (Do Direito Português para o Código Tipo). In: Revista de Processo nº 75, Ano 19, Julho - Setembro de 1.994, páginas 130/141. São Paulo: Revista dos Tribunais.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, Volume 2, Atos Processuais e Recursos e Processos nos Tribunais, 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 1997.

LIMA, Paulo C. A. *Código de Processo Civil, Crítica - Exegese*, Vol. I, 2ª edição. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1975.

LISBOA, Celso Anicet. *A Nova Fisionomia do Agravo*. In: Revista de Processo nº 87, Ano 22, Julho-Setembro de 1.997, páginas 09/21. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, Vol. I, Teoria Geral da Execução, 2ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva, 1974.

MARTINS, Pedro Batista. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vols. II (Arts. 106 a 181) e III (Tomo II, Arts. 235 a 297). Rio de Janeiro: Forense, 1960.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*, 20ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *A efetividade do processo e técnica processual* - Ajuris - Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. Volume 22. n. 64, p. 149-161. Porto Alegre, Julho 1995.

NEGRÃO, Theotonio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*, 30ª edição. São Paulo: Saraiva, 1.999.

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*, 3ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios Fundamentais: Teoria Geral dos Recursos, 1 Recursos no Processo Civil*, 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NETO, Abílio. *Código de Processo Civil Anotado*, 10ª edição. Lisboa: Petrony, 1991

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. III, Arts. 270 a 331, 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

- REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. *Curso de Direito Processual Civil*, Volume III, 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 1956.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*, 1 Processo de Conhecimento, 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 1998.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. IV, Arts. 332 a 475, 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- _____. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 1º Volume, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 1977.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Decisões Interlocutórias e Sentenças Liminares*. In: Revista de Processo nº 61, Ano 16, Janeiro-Março de 1.991, páginas 07/23. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- SOUZA, Gelson Amaro de. *Curso de Direito Processual Civil*, 2ª edição. Presidente Prudente: Data Jûris, 1998.
- TALAMINI, Eduardo. *A nova Disciplina do Agravo e os Princípios Constitucionais do Processo*. In: Revista de Processo nº 80, Ano 20, Outubro-Dezembro de 1.995, páginas 125/146. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- TEXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Curso de Processo do Trabalho - Perguntas e Respostas sobre Assuntos Polêmicos em Opúsculos Específicos - Extinção do Processo - 9*. São Paulo: LTR.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, Volume I, Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento, 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*, Vol. II, Arts. 154 a 269. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.
- VIEIRA NETO, Manoel Augusto. *Código de Processo Civil*, 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 1972.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues e Correia de Almeida, Flávio Renato e Talamini, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, Vol. 1, Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento, 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *O novo Regime do Agravo*, 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- _____. *Nulidades do Processo e da Sentença*, 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. *Novos Contornos do Recurso de Agravo*. In: Revista de Processo nº 80, Ano 20, Outubro-Dezembro de 1.995, páginas 111/124. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- _____. *Dúvida" Objetiva: Único Pressuposto para a Aplicação do Princípio da Fungibilidade*. In: Revista de Processo nº 65, Ano 17, Janeiro-Março de 1.992, páginas 56/74. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *A fungibilidade recursal e a nova disciplina do agravo*. In: Revista do Advogado nº 48 - julho 96 - AASP.